

Radboud Repository

Radboud University Nijmegen



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/31958>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

J.N.G. Vogel, Incasso. De rechtsverhouding van de opdrachtgever met de incassant en diens beroepsaansprakelijkheid

Diss. U Utrecht, promotor prof. mr. A.F.M. Dorresteyn, co-promotor mr. A.W. Jongbloed, Ridderkerk: eigen uitgave 2001, 317 p., ISBN 90 393 2794 7.

Inleiding

J.N.G. Vogel promoveerde op 15 november 2001 aan de Universiteit Utrecht op het proefschrift 'Incasso, De rechtsverhouding van de opdrachtgever met de incassant en diens beroepsaansprakelijkheid'. Vogel verstaat onder 'incasso' de maatregelen die een incassant moet nemen om de geldvordering van een schuldeiser ten laste van de schuldenaar te innen. Een 'incassant' is de opdrachtnemer die in opdracht van een schuldeiser de incassomaatregelen neemt. Gerechtelijke en minnelijke incasso moeten worden onderscheiden: bij gerechtelijke incasso wordt de rechter ingeschakeld, bij minnelijke incasso wordt de vordering buiten de rechter om geïnd. Vogel richt zich in zijn proefschrift op de overeenkomst tussen de incassant en zijn opdrachtgever (de incasso-overeenkomst). De centrale vragen zijn:

- welke verplichtingen vloeien uit de incasso-overeenkomst voort?
- wat houdt de aansprakelijkheid van de incassant in?

Bij de uitwerking van deze vragen vindt rechtsvergelijking met (de incassopraktijk in) België plaats. Het proefschrift bevat zeven hoofdstukken. Hierna schets ik de hoofdlijnen van deze hoofdstukken.

De incassopraktijk (hoofdstuk 2)

In de praktijk treden gerechtsdeurwaarders, advocaten, incassobureaus en (in mindere mate) rechtskundige adviseurs als incassant op. Het incassobureau is – in omzet gemeten – de belangrijkste incassant op de Nederlandse incassomarkt. Incassobureaus schijnen zich nogal eens aan intimiderend gedrag (jegens schuldenaren) schuldig te maken. Volgens Vogel is dit het gevolg van de afwezigheid van vestigings- en opleidingseisen. Hij acht het dan ook gewenst dat de wetgever eisen ter zake van incasso formuleert. Anders dan voorheen houdt ook de advocatuur zich in toenemende mate met incasso bezig. Dit blijkt onder meer uit de oprichting, in 1993, van de Vereniging van Incasso Advocaten (VIA); de VIA streeft ernaar het marktsegment van de advocatuur te vergroten. Voor de gerechtsdeurwaarder geldt dat hij allereerst een openbaar ambtenaar is, belast met de taken die bij of krachtens de wet aan hem zijn opgedragen (art. 2 Gerechtsdeurwaarderswet 2001). Incasso is voor hem een 'nevenwerkzaamheid' (art. 20 Gerechtsdeurwaarderswet 2001). Niettemin verrichten deurwaarders veel incassowerkzaamheden. Vogel acht het wenselijk dat de ambtelijke werkzaamheden van de deurwaarder gescheiden blijven van zijn overige werkzaamheden, zodat het publiek weet of hij in zijn hoedanigheid van ambtenaar of anderszins optreedt. Hij geeft echter niet aan hoe deze scheiding moet worden bewerkstelligd; in de Gerechtsdeurwaarderswet is deze kwestie in ieder geval niet geregeld. Ook rechtskundige adviseurs houden zich met incasso bezig; hun marktaandeel is echter niet groot. Vogel besluit zijn schets

van de Nederlandse incassopraktijk met de opmerking dat de meeste (bonafide) incassanten tegen beroepsaansprakelijkheid verzekerd zijn.

Voor de incassopraktijk in België geldt dat de advocatuur een 'procesmonopolie' heeft, hetgeen betekent dat alleen advocaten zich met gerechtelijke incasso bezighouden. De gerechtsdeurwaarder wordt pas ingeschakeld zodra een executoriale titel is verkregen. In verband met het procesmonopolie van de advocatuur moeten deurwaarders en incassobureaus zich op de minnelijke incasso richten. Ook in België zijn de meeste incassanten tegen beroepsaansprakelijkheid verzekerd.

De incasso-overeenkomst (hoofdstuk 3)

Hoe moet de incasso-overeenkomst worden gekwalificeerd? Volgens Vogel is bij incasso sprake van een overeenkomst van lastgeving. Kenmerkend voor lastgeving is dat de opdrachtnemer zich verbindt tot het verrichten van rechtshandelingen voor rekening van de opdrachtgever (art. 7:414 BW). Vraag is welke rechtshandelingen de incassant (voor rekening van de opdrachtgever) verricht. Het in ontvangst nemen van een betaling is volgens Vogel een feitelijke handeling. Hij meent dat het versturen van betalingsverzoeken, herinneringen of aanmaningen, het uitbrengen van exploten en het optreden als procesgemachtigde echter rechtshandelingen zijn. Ik plaats hierbij vraagtekens. Kenmerkend voor een rechtshandeling is dat een door de handelende persoon beoogd rechtsgevolg intreedt. Maar welk rechtsgevolg treedt bij voornoemde handelingen in? Het uitbrengen van een ingebrekestelling is naar mijn mening

een rechtshandeling, want zonder ingebrekestelling kan het verzuim van de schuldenaar niet intreden (vgl. art. 6:82 lid 1 BW). Is het verzenden van een betalingsverzoek (of een herinnering) ook een rechtshandeling? Ik betwijfel dat. Mijns inziens verbindt een incassant zich tot het verrichten van voornamelijk feitelijke handelingen ten behoeve van zijn opdrachtgever. Ik meen daarom voorshands dat de incasso-overeenkomst als een overeenkomst van opdracht moet worden gekwalificeerd.

Vogel gaat in hoofdstuk 3 tevens in op de invloed van (voor de incassant geldende) beroeps- en gedragsregels op de incasso-overeenkomst. Met name gedragsregels zijn relevant: zij vormen vaak een invulling van de zorg die de incassant als 'goed opdrachtnemer' in acht behoort te nemen (art. 7:401 BW). Vraag is in hoeverre de burgerlijke rechter aan het oordeel van de tuchtrechter gebonden is. Vloeit uit het tuchtrechtelijke oordeel dat een gedragsregel is overtreden, zonder meer voort dat de incassant niet de zorg van een goed opdrachtnemer heeft betracht? De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend (vgl. HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151). Daar voeg ik aan toe dat uit het arrest HR 12 juli 2002, *RvdW* 2002, 122 kan worden afgeleid dat op de burgerlijke rechter die afwijkt van een eerder gegeven tuchtrechtelijk oordeel, een (extra) motiveringsplicht rust: hij dient zijn oordeel zodanig te onderbouwen dat dit, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is.

De zorgplicht van partijen (hoofdstuk 4)

Art. 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een 'goed opdrachtnemer' in acht moet nemen. Vogel werkt de maatstaf van art. 7:401 BW meer concreet uit. Zo geeft hij aan dat de incassant in het algemeen zelfstandig moet beoordelen welke werkzaamheden dienstig zijn met het oog op een zorgvuldige uitvoering van de opdracht.

Helaas gaat Vogel in dit kader niet in op eventueel te treffen beslagmaatregelen. Moet de incassant na aanvaarding van de incasso-opdracht zelfstandig beoordelen of (conservatoire) beslaglegging ten laste van de schuldenaar nodig is, of hoeft hij slechts beslag te (laten) leggen indien de opdrachtgever daarop aandringt? Het zou naar mijn mening de moeite waard zijn geweest wanneer Vogel aan deze kwestie aandacht had besteed. De incassant is gehouden verantwoorde aanwijzingen van de opdrachtgever op te volgen (vgl. art. 7:402 BW). In dit verband behandelt Vogel ook de 'beleidsvrijheid' van de incassant. Art. 7:403 BW legt een informatieplicht aan hem op: hij dient zijn opdrachtgever op de hoogte te houden van de vorderingen in de uitvoering van de opdracht. Daarnaast dient hij rekening en verantwoording aan zijn opdrachtgever af te leggen, en moet hij ontvangen gelden in beginsel zo spoedig mogelijk aan zijn opdrachtgever afdragen. Vogel bespreekt niet alleen de zorgplicht van de incassant, maar ook die van de opdrachtgever. De zorgplicht van de opdrachtgever ontbeert een wettelijke basis, maar zij vloeit voort uit de eisen van redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 6:248 lid 1 BW). Zo dient de opdrachtgever de incassant te informeren over (eerder) met de schuldenaar gemaakte afspraken, en ook moet hij reageren op door de incassant gevraagde instructies.

Verplichtingen bij einde incasso-overeenkomst (hoofdstuk 5)

Na het eindigen van de incassowerkzaamheden stuurt de incassant zijn opdrachtgever een 'afrekening' toe, waarin hij rekening en verantwoording aflegt en loon en onkosten in rekening brengt. Als loon (incassoprovisie) rekent de incassant meestal een percentage van het geïncasseerde bedrag. Daarnaast dient de opdrachtgever de onkosten te vergoeden die de incassant heeft moeten maken (en die niet in het loon zijn begrepen). Hierbij kan worden gedacht aan proceskosten

en exploitkosten; overigens kunnen deze kosten vaak op de schuldenaar worden verhaald. Onkosten die in het loon verdisconteerd zijn, mogen niet apart aan de opdrachtgever in rekening worden gebracht (vgl. art. 7:406 lid 1 BW). Maar welke onkosten zijn in het loon verdisconteerd? Van belang is vooral hetgeen partijen terzake hebben afgesproken. Bij twijfel zal de incassant aannemelijk moeten maken dat de (afzonderlijk in rekening gebrachte) onkosten niet in het loon begrepen zijn.

De beroepsaansprakelijkheid (hoofdstuk 6)

De incassant kan aansprakelijk zijn voor schade die als gevolg van een door hem gemaakte beroepsfout voor zijn opdrachtgever of een derde ontstaat. Kan de opdrachtgever een tegen de incassant in te stellen vordering tot schadevergoeding eventueel ook op onrechtmatige daad baseren? Dit is een vraag van 'samenloop' van de vordering uit toerekenbare tekortkoming en de vordering uit onrechtmatige daad. In Nederland is een vordering uit onrechtmatige daad (naast of in plaats van een vordering uit toerekenbare tekortkoming) mogelijk indien de beroepsfout onafhankelijk van de schending van de contractuele verplichtingen onrechtmatig is. Volgens Vogel is 'samenloop' in België maar (zeer) beperkt mogelijk: de opdrachtgever kan zijn vordering slechts (ook) op onrechtmatige daad baseren indien de beroepsfout de schending van een algemene zorgvuldigheidsplicht inhoudt en dan nog alleen voorzover het de vergoeding van buitencontractuele schade betreft. Overigens wordt niet toegelicht wat onder 'buitencontractuele schade' moet worden verstaan. Vogel besteedt in hoofdstuk 6 eveneens aandacht aan het causaal verband (tussen beroepsfout en schade). In dit kader gaat hij onder meer in op de problematiek van het 'onzeker causaal verband'. Ik geef het volgende voorbeeld: een door de incassant (in opdracht van de schuldeiser) te innen vordering ad € 1000 wordt door de schulde-

naar betwist. Tussen de schuldeiser en de schuldenaar is een vervaltermijn overeengekomen. De incassant verzuimt de dagvaarding binnen deze vervaltermijn uit te (laten) brengen, waardoor geen executoriale titel meer kan worden verkregen. Zeker is dat de schuldeiser de vordering niet (meer) kan innen, maar onzeker is of de fout van de incassant tot schade (voor de opdrachtgever) heeft geleid. Immers: zou de incassant de fout niet hebben gemaakt, dan had de rechter de vordering van de schuldeiser wellicht afgewezen. Men zou het verlies (voor de schuldeiser) van deze (proces-)kansen als vermogensschade kunnen aanmerken. In België wordt reeds sinds 1984 aangenomen dat het verlies van een kans als schade voor vergoeding in aanmerking komt. In Nederland heeft de Hoge Raad deze benadering inmiddels ook aanvaard (HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257). Vogel acht het wenselijk dat de benadering van 'het verlies van een kans' (in situaties van onzeker causaal verband) in Nederland algemeen wordt toegepast; hiermee komt men namelijk in het algemeen tot een rechtvaardiger resultaat dan met de 'alles of niets-benadering'. Mijn kritiek op hoofdstuk 6 is dat de beschrijving van de aansprakelijkheid van de incassant te algemeen is; Vogels uitwerking van de diverse onderdelen is onvoldoende op de incassant toegespitst. Deze kritiek geldt overigens ook wel – zij het in mindere mate – voor met name hoofdstuk 4.

Tot besluit

Hoofdstuk 7 bevat de samenvatting en conclusie. De (in het eerste hoofdstuk opgeworpen) centrale vragen zijn beantwoord: Vogel is ingegaan op de verplichtingen uit de incasso-overeenkomst en hij heeft ook de aansprakelijkheid van de incassant besproken. Ik merk over Vogels dissertatie nog het volgende op. Zijn boek bevat veel (aan de rechtspraak ontleende) casuïstiek, waaraan naar mijn mening onvoldoende duiding wordt gegeven. Verder laat de onderbouwing (c.q. toelichting) soms te wensen over. Ik geef een voorbeeld. Op pagina 205 schrijft Vogel: 'Slechts de voorzienbare schade komt voor vergoeding in aanmerking, hetgeen niet betekent dat hij de omvang ten tijde van het sluiten van de overeenkomst heeft kunnen voorzien'. Deze opmerking wordt niet nader toegelicht, waardoor voor de lezer onduidelijk blijft wat Vogel precies bedoelt. De rechtsvergelijking met België heeft naar mijn mening geen bijzondere (of vernieuwende) gezichtspunten opgeleverd. Niettemin heeft Vogel een waardevol boek geschreven, waarmee in een leemte in de rechtsliteratuur wordt voorzien. Over de incasso-overeenkomst was immers nog weinig literatuur voorhanden. Wellicht vormt deze dissertatie een aanzet tot nader onderzoek. Er zijn mijns inziens nog voldoende aspecten aangaande de rechtspositie van de incassant die nadere bestudering verdienen. Ik denk bijvoorbeeld aan:

– Vertegenwoordiging door de incassant (toelichting: is de incassant

bevoegd namens zijn opdrachtgever een betalingsregeling met de schuldenaar te treffen? Naar mijn mening is dat in beginsel niet het geval, tenzij hij over een volmacht beschikt. In dit kader is relevant het arrest HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 190, waarin de Hoge Raad overwoog dat de schuldenaar in het algemeen mag aannemen dat een deurwaarder bij de tenuitvoerlegging van een vonnis bevoegd is namens de schuldeiser een betalingsregeling te treffen).

– Het gebruik van een kwaliteitsrekening, nl. derdenrekening (toelichting: wat gebeurt er indien de incassant na de inning van een vordering, maar vóór de afdracht van het geïnde aan de opdrachtgever failliet wordt verklaard? Valt het geïnde in de faillissementsboedel? Naar mijn idee zal dat in beginsel wel zo zijn, tenzij de incassant gebruikmaakte van een kwaliteitsrekening. De deurwaarder is ingevolge art. 19 van de Gerechtsdeurwaarderswet 2001 verplicht om van een kwaliteitsrekening gebruik te maken. Ook advocaten zijn daartoe gehouden. Vraag is of incassobureaus en rechtskundige adviseurs – voor wie een dergelijke plicht niet geldt – in de praktijk toch van een kwaliteitsrekening gebruikmaken).

Wellicht zet Vogel zich tot nadere bestudering van deze aspecten en kunnen we van hem nog meer publicaties over de rechtspositie van de incassant tegemoet zien.

J.J. Dammingh

Nijmegen, oktober 2002